

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL: EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO EN PERSPECTIVA*

THE CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL PROCEDURE LAW: THE NEW PERUVIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE IN PERSPECTIVE

César Landa**

Pontificia Universidad Católica del Perú y
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Miembro Honorario de THĒMIS
Miembro del Consejo Consultivo de THĒMIS

In July of 2004, the actual Peruvian Criminal Procedure Code was promulgated and published. In this article, the author analyses the relationship between what is established in this Code and the constitutional principles. For that purpose, he explores the constitutional fundament of what is stipulated in this new Code.

Moreover, he analyses in detail the articles of the Preliminary Title of the Code and indicates in which constitutional principles, such as the presumption of innocence, effective judicial protection, the legitimacy of the proof, the right to defend, among others, they find their correspondence with the Constitution.

KEY WORDS: Criminal Law; Constitutional Law; Criminal Procedure Law; Criminal Procedure Code; constitutional principles.

En julio de 2004, fue promulgado y publicado el actual Código Procesal Penal peruano. En el presente artículo, el autor analiza la relación entre lo establecido en esta norma y los principios constitucionales. Para ello, explora cuál es el fundamento constitucional de lo estipulado en el nuevo Código Procesal Penal.

Asimismo, analiza de forma detallada los artículos del Título Preliminar de la norma y señala en qué principios constitucionales, tales como la presunción de inocencia, la tutela procesal efectiva, la legitimidad de la prueba, el derecho de defensa, entre otros, encuentran su concordancia con la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal; Derecho Constitucional; Derecho Procesal Penal; Código Procesal Penal; principios constitucionales.

* El presente artículo está basado en el trabajo previo "Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal peruano", el cual formó parte de nuestro libro "Constitución y fuentes del derecho". Lima: Palestra Editores. 2006. Agradezco la colaboración brindada por Gonzalo J. Monge Morales, Ex Editor General de THĒMIS-Revista de Derecho, en la preparación del presente artículo.

** Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares. Posdoctorado en la Universidad de Bayreuth y en el Instituto Max-Planck de Heidelberg, Alemania. Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Juez Ad Hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex Viceministro de Justicia. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la PUCP y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Contacto: clanda@pucp.edu.pe.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 15 de febrero de 2016, y aceptado por el mismo el 23 de febrero de 2016.

I. INTRODUCCIÓN

Para nadie es novedad que “la idea del Derecho que el actual Estado Constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas”¹. En el Perú, la mayoría de los jueces todavía no han logrado superar la visión positivista del Derecho en general², con lo cual todavía rezan el credo de que “el juez debe limitarse a la aplicación de la ley”³, hoy dejado de lado.

Se ha olvidado que en todo Estado constitucional, la potestad jurisdiccional debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales; es decir, en observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce, en concordancia con los tratados internacionales –particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos– que el Perú ha suscrito y la interpretación que de ellos hagan los órganos jurisdiccionales competentes. Esta es la nueva perspectiva de la “Constitución convencionalizada”, la cual busca brindar una mejor tutela a los derechos de las personas⁴.

Con relación a los derechos fundamentales, conviene recordar que estos cuentan con: (i) eficacia vertical, entendida como la exigibilidad y oponibilidad de ellos hacia el Estado; así como con (ii) eficacia horizontal, pues los derechos fundamentales se irradian a la sociedad en su totalidad, y es posible exigir su respeto y defensa no solo al Estado, sino también a los privados.

Además, nadie puede desconocer la fuerza normativa de la Constitución, en tanto ésta es: (i) *lex legis* –ley de leyes–, dado que se encuentra en el vértice de las demás normas y prima en caso de conflicto sobre ellas; y, (ii) *norma normarum* –norma fuente de normas–, pues constituye la norma matriz para la creación de las demás normas del sistema jurídico⁵. Así, la Constitución sienta las bases sobre las cuales se edifican las diversas instituciones jurídicas, incluyendo a los procesos.

¿El Derecho Penal y, en particular, el Derecho Procesal Penal, se han constitucionalizado? La respuesta no es absoluta porque, hoy en día, el ordenamiento jurídico penal –sustantivo, procesal y de ejecución– no puede entenderse sin el respeto del orden público constitucional convencionalizado. Pero muchos jueces que ejercen la función jurisdiccional no suelen aplicar los principios constitucionales. Es como si los procesos penales, en los cuales la tutela de derechos fundamentales debería ser más intensa, todavía fueran ajenos a la Constitución convencionalizada.

Ello pese a que el nuevo Código Procesal Penal [en adelante, CPP]⁶, en su Título Preliminar, no haya hecho otra cosa más que recoger los principios y derechos constitucionales que la Constitución prevé y que son de aplicación al proceso penal. A casi doce años de su promulgación, el CPP tiene poco de nuevo en su ejecución, pero sí mucho que analizar desde la perspectiva constitucional.

II. BASES CONSTITUCIONALES DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO

El CPP busca encausar la potestad sancionadora del Estado en materia penal a través de los procesos, dotando a los mismos de las garantías necesarias para asegurar un juicio justo. Pero si no comprendemos primero los alcances de la potestad sancionadora del Estado, será difícil entender los alcances del CPP y la base constitucional que debe respetar y hacer cumplir.

Empecemos. La potestad sancionadora del Estado se manifiesta a través de diversas modalidades: (i) la vía penal del Poder Judicial; (ii) la vía administrativa del Poder Ejecutivo, y; (iii) la vía parlamentaria del Congreso, por ejemplo, en el juicio político. Dicha potestad es una sola, pero se manifiesta en esas modalidades. Pero, para efectos del presente artículo, nos centraremos en la primera modalidad: la vía penal.

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”. Décima edición. Madrid: Trotta. 2011. p. 10.

² LANDA, César. “Constitucionalismo y cultura judicial”. En: VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. “Visión iberoamericana del tema constitucional”. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo. 2003. pp. 303 y siguientes.

³ BACHOF, Otto. “Jueces y Constitución”. Madrid: Cuadernos Civitas. 1987. p. 23.

⁴ LANDA, César. “Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones”. En: CAPALDO, Griselda; CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan y Jan FREIGANG (Directores). “Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional”. Buenos Aires: Eudeba-Fundación Alexander von Humboldt. 2012. pp. 437-449.

⁵ KELSEN, Hans. “Introducción a la teoría pura del Derecho”. Tercera edición. Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Peruana de Derecho Constitucional. 2001. pp. 44-47. Además, ver: LANDA, César. “Tribunal Constitucional y Estado Democrático”. Tercera edición. Lima: Paletstra Editores. 2007.

⁶ El nuevo Código Procesal Penal, promulgado mediante el Decreto Legislativo 957, fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de julio de 2004.

El fundamento de dicha potestad sancionadora se encuentra en el *ius puniendi* del Estado, o poder punitivo. Para poder asegurar la convivencia social, el Estado se encuentra dotado de mecanismos que le permitan hacerla efectiva, incluso si ello implica privar al individuo de su libertad. Pues bien, esta potestad sancionadora, en un Estado Constitucional convencionalizado como el nuestro, se encuentra limitada por principios y derechos fundamentales.

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al señalar que: “[...] en el Estado democrático y social de derecho, el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales y procesales ya mencionadas, dentro de la que destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado”⁷.

Los principios que rigen la potestad sancionadora del Estado lo hacen tanto en materia penal como en la administrativo-sancionadora. De ello deriva lo advertido por el Tribunal Constitucional cuando afirma que: “[...] los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador”⁸, cabe precisar, en lo que fuera aplicable.

Si la potestad sancionadora está limitada por los derechos fundamentales y por una serie de principios que la Constitución reconoce, es natural que el CPP reproduzca y permita concretizarlos en la vía penal.

III. EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CPP A LA LUZ DEL ESTADO CONSTITUCIONAL CONVENCIONALIZADO

A. Tutela procesal efectiva

Artículo I.- “Justicia Penal.

1. La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.

2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código.
3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.
4. Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación.
5. El Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales”.

La Constitución Política de 1993, en su artículo 139, establece determinados principios y derechos relacionados con la tutela procesal efectiva, que consiste en el derecho de toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales con el objeto de que pueda obtener un pronunciamiento –sentencia o auto– que resuelva una controversia de relevancia jurídica. Para ello, dota al proceso de unas mínimas garantías que asegurarán el respeto a los derechos fundamentales en el marco de dicho proceso.

Se derivan de este derecho fundamental las siguientes exigencias⁹: (i) acceso a órganos propiamente judiciales; (ii) prohibición de exclusión del conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento; (iii) prohibición de impedir su acceso –principio del *favor actionis* o *pro actione*–, el cual se manifiesta a través del respeto al debido proceso y el acceso a la justicia.

En concordancia con esta disposición constitucional, en el artículo I del CPP se puede identificar determinados principios y derechos relativos a la tutela jurisdiccional en el ámbito del proceso penal. El inciso 1, por ejemplo, relaciona el principio y derecho de la gratuidad de la administración de justicia y el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales.

La tutela procesal efectiva, como hemos señalado, se manifiesta en el debido proceso y el acceso a la justicia. El derecho fundamental al debido proceso

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00012-2006-AI, de fecha 15 de diciembre de 2006. Fundamento Jurídico 14.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2050-2002-AA, de fecha 16 de abril de 2003. Fundamento Jurídico 8.

⁹ GONZÁLES PÉREZ, Jesús. “El derecho a la tutela jurisdiccional”. Madrid: Civitas. 2001. pp. 61 y siguientes.

está reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución y su aplicación no sólo se circunscribe al ámbito judicial, sino que también alcanza a todo tipo de procesos y procedimientos de naturaleza distinta a la judicial^{10 11 12}.

En cuanto al contenido de este derecho fundamental, cabe señalar que es amplio. La tutela procesal efectiva es un derecho complejo o derecho continente, pues engloba, a su vez, una serie de derechos. No sólo se refiere a que, en el proceso penal, se respete el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional y el derecho de defensa del justiciable, sino que también se refiere a la igualdad procesal entre las partes, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, a obtener una resolución fundada en Derecho, a acceder a los medios impugnatorios, etcétera.

Por otro lado, el CPP, en este artículo, también ha incorporado el principio de igualdad procesal, el cual se deriva del derecho fundamental a la igualdad –artículo 2.2 de la Constitución–, y consiste en que las partes en el proceso penal –que es el caso que ahora nos ocupa– se encuentren en condiciones paritarias y dispongan de los mismos instrumentos para hacer valer sus pretensiones en el proceso (igualdad de armas). Es decir, por este principio, las partes de un proceso deben tener “los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios, ni a favor ni en contra, de alguna de ellas”¹³.

El CPP ha reconocido, además, el derecho a la instancia plural –denominado también como derecho al recurso–, que no es sino el derecho que tienen las partes del proceso de recurrir ante el órgano jurisdiccional de instancia superior, con el objeto de que revise una resolución judicial. Se encuentra previsto en el artículo 8, numeral 2, literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual exige que a toda persona inculpada de un delito se le garantice el derecho de recurrir a un superior jerárquico que revise lo resuelto.

Este derecho –enunciado en el artículo 139.6 de la Constitución– implica, por lo demás, acceder a los

recursos previstos por ley y la prohibición de exigir formalismos irrazonables en su concesión.

No obstante, es del caso añadir que el derecho a la instancia plural adquiere toda su fuerza en el ámbito penal, al proscribir la reforma peyorativa –*reformatio in peius*–; vale decir, la prohibición que la situación jurídica del recurrente se viese agravada como consecuencia de su propio recurso¹⁴.

Finalmente, este artículo también hace referencia al derecho a la indemnización frente al error judicial. No se trata de un mecanismo de subsanación, sino de un auténtico derecho que se encuentra reconocido en el inciso 7 del artículo 139 de la Constitución y, en particular, en el inciso 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen el derecho que tiene toda persona que haya sido objeto de error judicial en un proceso penal –y también ante una detención arbitraria–, para que sea indemnizada en la forma que la ley lo disponga¹⁵.

B. Presunción de inocencia

Artículo II.- “Presunción de inocencia.

1. Toda persona imputada de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.
2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”.

La presunción de inocencia que la Constitución consagra en el artículo 2.24 es, en el ámbito constitucional, un derecho fundamental, pero también

¹⁰ LANDA, César. “El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Volumen 1. Lima: Academia de la Magistratura. Colección Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia. 2012. pp. 15 y siguientes.

¹¹ Ibid. pp. 58 y siguientes.

¹² Ibid. pp. 109 y siguientes.

¹³ MONTERO AROCA, Juan; BARONA VILAR, Silvia; MONTÓN REDONDO, Alberto y Juan Luis GÓMEZ COLOMER. “Derecho jurisdiccional I. Parte General”. Novena edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000. p. 322.

¹⁴ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. “El proceso penal. Tercera lectura constitucional”. Barcelona: Bosch Editor S.A. 1993. pp. 407 y siguientes.

¹⁵ LANDA, César. “Los derechos humanos como fundamento constitucional del Derecho penal”. En: “Actualidad Jurídica”. Tomo 100 (marzo). Lima: Gaceta Jurídica. 2002. p. 48.

un principio constitucional. En efecto, la presunción de inocencia, en el primer caso, es el derecho fundamental que asiste a toda persona a que sea considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

El fundamento de este principio es el *in dubio pro homine*, el mismo que está relacionado en tanto se reconoce que la defensa de la persona humana y de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, según lo establece el artículo 1 de la Constitución, y que constituye la piedra angular de todo el ordenamiento jurídico¹⁶. En el segundo caso, es decir, como principio, la presunción de inocencia es el fundamento del proceso penal del moderno Estado constitucional democrático, porque de él se derivan no sólo límites para el legislador, sino que también constituye un elemento importante de interpretación de las disposiciones para el juez¹⁷.

Ahora, desde el punto de vista constitucional, el derecho fundamental a la presunción de inocencia tiene diferentes manifestaciones¹⁸, a saber: (i) la carga de la prueba es responsabilidad de la parte acusadora, lo cual quiere decir, en otras palabras, que el inculpado no tiene la obligación de probar su inocencia, pero tampoco tiene el derecho a mentir, si no de colaborar con la justicia; (ii) la aplicación del principio *in dubio pro reo*, recogido en el artículo 139.11 de la Constitución, según el cual el juez está obligado a la absolución del imputado debido a la ausencia de elementos probatorios que puedan enervar la presunción de inocencia; y, (iii) en cuanto se presume la inocencia del imputado, su detención será una circunstancia excepcional.

Cabe decir, no obstante, que el principio a la presunción de inocencia no es absoluto, sino más bien relativo, pues la quiebra de dicho principio se produce cuando se demuestra la culpabilidad de la persona mediante una sentencia firme y debidamente motivada, o cuando la ley penal en la lucha contra la corrupción ha establecido el delito de desbalance patrimonial para los altos funcionarios públicos, quienes deben acreditar el origen de su incremento patrimonial que no se corresponda con la remuneración del cargo que ocupa u ocupaba, para no ser declarados culpables.

En cuanto a la medida cautelar de prisión preventiva, ésta tampoco lesiona la presunción de inocencia. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “[...] la detención judicial comporta una medida provisional que como última *ratio* limita la libertad física, pero no por ello es, per se, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado, pues la prisión preventiva es una medida provisional por la que puede optar un juez para asegurar la presencia del inculpado en el proceso y el éxito del proceso penal, en la medida en que legalmente se encuentra justificada cuando existen motivos razonables y proporcionales para su dictado”¹⁹. La clave radica en su provisionalidad, pues sólo busca asegurar una eventual decisión futura. Por ello, una afectación de la libertad individual fuera de un plazo razonable es inconstitucional.

C. Principio de *ne bis in idem*

Artículo III.- “Interdicción de la persecución penal múltiple.

Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en algunos de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código”.

El principio *ne bis in idem* es un principio de naturaleza sustantiva y procesal. En un primer término, viene a configurarse como el derecho de la persona a no ser sancionada dos veces por un mismo hecho –delito, falta o infracción–; este es el *ne bis in idem* sustantivo. De otro lado, se presenta como el derecho de la persona de no ser procesada, nuevamente, por un hecho que ya fue objeto de prosecución judicial; en este segundo supuesto estamos frente al *ne bis in idem* procesal²⁰.

No obstante, debemos señalar que el principio *ne bis in idem* está relacionado, estrechamente, con el principio de cosa juzgada, contenido en el artículo 139.2 y 139.13 de la Constitución. En efec-

¹⁶ LANDA, César. “Dignidad de la persona humana”. En: Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional 7 (julio-diciembre). 2002. p. 110.

¹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coordinador). “Derecho constitucional”. Volumen II. Madrid: Tecnos. 1999. pp. 214-215.

¹⁸ QUISPE FARFÁN, Fany. “El derecho a la presunción de inocencia”. Lima: Palestra Editores. 2001. pp. 42 y siguientes.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 01014-2011-PHC, de fecha 28 de junio de 2011. Fundamento Jurídico 2.

²⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. “Derecho procesal penal”. Volumen I. Lima: Grijley. 2001. pp. 61 y siguientes.

to, el principio de cosa juzgada consiste en que el justiciable –agraviado y acusado– obtenga una resolución judicial firme, inmutable y, por lo tanto, oponible a cualquier pretensión análoga ulterior, siempre que ésta no haya vulnerado los derechos fundamentales de terceros, ni el orden público constitucional. Por ello, en última instancia, sólo la cosa juzgada material –no la formal– es la que otorga seguridad jurídica a los fallos judiciales.

Este principio ha sido acogido por el legislador en el artículo III del Título Preliminar del CPP, que no es sino la prohibición de la persecución penal múltiple. En este sentido, se señala, en dicho artículo, que nadie podrá ser procesado ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. A nivel doctrinario y jurisprudencial, se ha afirmado que, para saber si nos encontramos ante la presencia del principio *ne bis in idem*, es necesario verificar la concurrencia de tres presupuestos²¹:

- a) Identidad de la persona perseguida (*eadem persona*): la persona física o jurídica a la cual se le persigue penalmente tiene que ser necesariamente la misma;
- b) Identidad del objeto de persecución (*eadem res*): estricta identidad entre los hechos que sirvieron de fundamento para el inicio tanto en la anterior como en la nueva investigación, proceso o procedimiento; es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta, para ello, su calificación legal.
- c) Identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*): el fundamento jurídico que sirve de respaldo a la persecución tiene que ser el mismo, tanto en la anterior como en la nueva investigación, proceso o procedimiento.

En caso de concurrencia –lo cual significa que los tres presupuestos se presentan a la vez–, podemos señalar que estamos ante la afectación del principio *ne bis in idem*, lo cual se encuentra proscrito en nuestro ordenamiento jurídico. Desde luego, este principio no es absoluto.

Así, recientemente, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de señalar que “[...] un mismo sujeto, con su comportamiento, puede generar

más de una consecuencia jurídica, lesionando con ello bienes jurídicos y valores diversos, cada uno de los cuales será tutelado en la vía correspondiente, sin que ello implique un doble juzgamiento o una doble sanción.

Lo importante, en consecuencia, para calificar si se vulneró tal garantía fundamental, no es tanto que por un mismo acto una persona sea procesada o sancionada administrativa y correlativamente en un proceso penal (toda vez que aquel acto puede suponer la infracción de un bien jurídico administrativo y, simultáneamente, de un bien jurídico penal), sino que la conducta antijurídica, pese a afectar a un solo bien jurídico, haya merecido el reproche dos o más veces²². Coincidimos plenamente con este criterio.

Pero otro criterio que nos permite señalar que el principio *ne bis in idem* no es absoluto también está referido a la materia fiscal. Para tal propósito, cabe hacer mención al Caso Nadine Heredia Alarcón –Expediente 05811-2015-HC–, en el cual se desarrolló el principio *ne bis in idem* en materia de investigación fiscal. Es por todos conocido que la señora Heredia Alarcón y otras personas fueron investigadas por el presunto delito de lavado de activos, revisando diversas operaciones bancarias efectuadas a su favor entre el 20 de octubre de 2005 y el 05 de marzo de 2009. Dicha investigación fue archivada y dio lugar a que se genere cosa decidida respecto de dicha investigación, pues, en el fondo, la decisión fiscal fue de no haber lugar a formalizar denuncia penal.

Ocurrió que, en el año 2014, el Ministerio Público volvió a investigar el mismo periodo, pero, esta vez, sobre la base de nueva información y comprendiendo en la investigación a más personas. La señora Heredia Alarcón consideró que ello afectaba el principio *ne bis in idem*, razón por la cual inició un proceso de hábeas corpus, el cual llegó hasta conocimiento del Tribunal Constitucional.

El Supremo Intérprete concluyó que la reapertura de la investigación fiscal no afectaba el principio *ne bis in idem*, pues la primera investigación fiscal “fue deficiente y, por lo tanto, no pudo adquirir la calidad de inamovible, pues se decidió su archivamiento sin ponderar, entre otros elementos, la complejidad que implica este tipo de indagaciones, el número de investigados y la necesidad de esclarecer la licitud o ilicitud de transferencias

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02493-2012-AA, de fecha 16 de abril de 2014. Fundamento Jurídico 7.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 05143-2011-AA, de fecha 08 de setiembre de 2015. Fundamento Jurídico 5.

bancarias que vienen ingresando al sistema financiero a favor de la hoy demandante; hechos que necesariamente requieren de una investigación exhaustiva, pues es necesario determinar el origen de dicho ingreso económico, a fin de cumplir con nuestras obligaciones internacionales [...]”²³.

En conclusión, sería posible que el Ministerio Público, en ejercicio de sus competencias, decida investigar nuevamente algo que adquirió –supuestamente– la calidad de cosa decidida, siempre y cuando se pueda acreditar “la existencia de nuevos hechos y nuevos sujetos que, independientemente de cierta identidad de fundamento”²⁴, permitan “justificar reabrir la investigación fiscal”²⁵.

D. Rol del Poder Judicial

Artículo V.- “Competencia judicial.

1. Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la Ley.
2. Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la Ley”.

Desde que en los inicios del constitucionalismo se formuló el principio de división de poderes como mecanismo para garantizar la independencia de los tres poderes clásicos del Estado, tal principio ha sufrido, en la actualidad, una transformación que ha llevado al tránsito de su rigidez a uno de mayor flexibilidad. Prueba de ello es que, en el actual Estado constitucional democrático, el Poder Ejecutivo desarrolla una función legisferante bastante importante, con lo cual la función legislativa ha dejado de ser privativa del Parlamento. Mientras que el Congreso desarrolla diferentes tipos de procesos políticos, inclusive sancionadores²⁶.

Del mismo modo, las funciones del Poder Ejecutivo se han ido trasladando a otras entidades y organismos a través de mecanismos de descentralización, que convierte al Ejecutivo ya no en el Poder único y exclusivo encargado de llevar a cabo las políticas de gobierno en los distintos ámbitos del Estado.

Lo mismo no ha sucedido, en materia penal, con el Poder Judicial, que desde sus orígenes y hasta la actualidad ha conservado para sí, privativamente, la potestad de administrar justicia penal. Esto es, el Estado reserva al Poder Judicial la potestad de **decir, decidir y declarar** el Derecho a aplicar en caso de delitos contra los particulares o contra el Estado. Esta potestad exclusiva se manifiesta cuando se encarga al Poder Judicial de ejercer el *ius puniendi* del Estado, es decir, la facultad de sancionar las infracciones y las afectaciones de bienes jurídicamente protegidos.

De ahí que nuestra Constitución, en su artículo 139.19, prohíba el ejercicio de la función jurisdiccional por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución y las leyes.

En esta línea de pensamiento, la Constitución de 1993 –artículo 138– dispone que la “potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes [...]”²⁷. Sobre esta disposición constitucional se plantean dos problemas sobre los cuales debemos llamar la atención: la legitimidad del Poder judicial y la exclusividad que la Constitución reconoce al Poder Judicial para el ejercicio de esa potestad de administrar justicia penal.

Con respecto al primer punto cabe señalar, como regla, que en nuestro ordenamiento, la legitimidad de los jueces, en general, no proviene de la elección por voluntad popular. Pero, entonces, cabe indagar de dónde les viene dada esa legitimidad. El mismo artículo 138 de la Constitución nos ofrece una primera aproximación a su respuesta.

En efecto, si bien la legitimidad de los jueces en nuestro ordenamiento no proviene de un sufragio universal o de una elección popular, sí cabe afirmar que es una legitimidad indirecta, es decir, de su vinculación a la Constitución, que es una norma jurídico-política. Por otro lado, la Constitución –artículo 139.1– reconoce la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, instituyendo, a su vez, la prohibición de establecer jurisdicciones independientes de la del Poder Judicial, a excepción de la justicia militar y la arbitral.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 05811-2015-HC, de fecha 20 de octubre de 2015. Fundamento Jurídico 38.

²⁴ Ibid. Fundamento Jurídico 40.

²⁵ Ibídem.

²⁶ LANDA, César. “Consideraciones generales sobre los límites del control judicial del debido proceso en los procedimientos desarrollados ante las comisiones investigadoras del Congreso de la República”. En: Derecho PUCP 73. 2014. pp. 457-482.

²⁷ LÓPEZ GUERRA, Luis. “El Poder Judicial en el Estado constitucional”. Lima: Palestra Editores. 2001. p. 22.

En este mismo sentido, el artículo V del Título Preliminar del CPP ha reservado para el Poder Judicial dos fases, a nuestro entender determinantes, del proceso penal: (i) la dirección de la etapa intermedia del proceso penal, es decir, de aquella en la que el juzgador va a decidir si existe mérito suficiente para que se pase a la etapa del juzgamiento; y, (2) la etapa de juzgamiento propiamente.

Cabe señalar que en ambas etapas del proceso penal, el juez debe actuar dentro del marco que establecen, no sólo las disposiciones del nuevo CPP, sino también en observancia del **principio de independencia judicial** –artículo 139.2 de la Constitución– y de **fuerza normativa de la Constitución**, es decir, que las actuaciones de los jueces no sólo tienen que ser legales, sino que, especialmente en lo que se refiere a sus facultades –dictar sentencias, medidas cautelares, etcétera–, constitucionales, esto es, observando los principios y valores superiores que la Constitución reconoce, así como el respeto de los derechos fundamentales. Ello, por cuanto que los jueces, como es obvio, también están sometidos a la Constitución²⁸.

E. Principio de legalidad de las medidas limitativas de derechos

Artículo VI.- “Legalidad de las medidas limitativas de derechos.

Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos de las personas, pero también, instituciones objetivas valorativas que informan todo el ordenamiento jurídico²⁹. En tal sentido, no son derechos absolutos, sino más bien relativos y, como tales, pueden ser restringidos.

Pero las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales no pueden dictarse por cual-

quier autoridad ni bajo cualquier circunstancia, sino que se encarga a una autoridad específica y bajo supuestos claramente establecidos que deben ser previstos en el ordenamiento jurídico.

Pero además de ello, las limitaciones de los derechos fundamentales, especialmente dentro de un proceso penal, dentro de la estricta observancia del procedimiento previsto en la ley penal para tal efecto y con las garantías que se derivan tanto de la Constitución como de las leyes pertinentes. En nuestro ordenamiento, como regla general, se ha encargado a la autoridad judicial la limitación de derechos.

De otro lado, desde el punto de vista constitucional, el artículo VI del Título Preliminar del CPP ha recogido lo previsto por la Constitución en su artículo 139.5, que exige la motivación escrita de las resoluciones judiciales, a excepción de los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley que se está aplicando y los fundamentos de hecho en que se fundan.

Con esto se busca proteger el derecho de todas las personas a la **certeza judicial**, es decir, el derecho del procesado a que las sentencias y autos estén debidamente fundamentados o motivados, de modo tal que el texto de la resolución demuestre con claridad el razonamiento respecto al hecho que se conoce, así como al derecho que se aplica. Se hallan exceptuadas del cumplimiento de esta regla, como ya señalamos, las resoluciones de mero trámite, es decir, los decretos.

Otro aspecto relacionado con este artículo del CPP es la incorporación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad como parámetros a considerar cuando se trate de la limitación del contenido esencial de un derecho fundamental por una resolución judicial. Esto es especialmente importante por cuanto, mediante la observación de este principio, se busca evitar que el juez incurra en arbitrariedades cuando se trate de la limitación del contenido esencial de un derecho fundamental, mediante una resolución judicial, dentro del marco del proceso penal.

De esta manera, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por los cuales los medios empleados deben ser legítimos y proporcionales al fin perseguido³⁰, se convierten en un parámetro cons-

²⁸ DE OTTO, Ignacio. “Estudios sobre el Poder Judicial”. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. 1989. p. 70.

²⁹ HÄBERLE, Peter. “La libertad fundamental en el Estado constitucional”. Lima: MDC-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997. pp. 163 y siguientes

³⁰ Ibid. p. 127

titucional importante a observar por los jueces; con lo cual se busca prevenir la afectación arbitraria e ilegal de los derechos fundamentales.

F. Ley procesal penal: vigencia e interpretación

Artículo VII.- “Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal.

1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.
2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.
3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.
4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo”.

Según lo establece el artículo 109 de la Constitución, “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”. No obstante ello, el artículo VII del Título Preliminar del CPP ha establecido que la ley procesal penal es de aplicación inmediata, tanto para los procesos en trámite como para las actuaciones procesales.

Sin embargo, ha establecido la ultraactividad de la ley procesal penal anterior para los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que ya hubieran empezado a correr. En materia procesal, ello es comúnmente aceptado en la doctrina.

De otro lado, este artículo del Título Preliminar del CPP, siguiendo el artículo 103 de la Constitución, el cual señala que “ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando

favorece al reo”, ha extendido también el principio de retroactividad a la aplicación retroactiva de la ley procesal penal al imputado, incluso cuando los actos a los que se pretende aplicar ya hayan concluido, siempre que ello sea posible.

También se hace referencia al **principio de interpretación restrictiva** de los siguientes supuestos: (i) aquellas disposiciones que restrinjan el derecho fundamental a la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas; (ii) las disposiciones que limiten una facultad concedida a las partes; y, (iii) las que establezcan sanciones procesales.

Del mismo modo, de conformidad con el principio constitucional de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos (artículo 139.9 de la Constitución). No obstante, las excepciones a esa regla vienen dadas por: (i) la permisión de la aplicación de una interpretación extensiva y de la analogía, incluso cuando favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos; y, (ii) en caso de duda sobre la ley procesal aplicable, se debe estar a la que más le favorezca.

G. Legitimidad de las pruebas

Artículo VIII.- “Legitimidad de la prueba.

1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.

La Constitución ha establecido que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia, y que quien la emplea incurre en responsabilidad, en el artículo 2.24.h. A partir de ello se debe entender que las pruebas dentro del proceso penal deben ser obtenidas en el marco de lo que establece la Constitución, las leyes y el respeto de los derechos fundamentales.

De ahí que el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo CPP haya establecido que el juez debe valorar las pruebas sólo en la medida en que hayan sido obtenidas e incorporadas al proceso

penal a través de medios constitucionalmente legítimos. De lo contrario, las pruebas que hayan sido obtenidas con la afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales carecen de valor legal y, por tanto, no producen efecto jurídico alguno.

Sin embargo, se plantea el problema de las denominadas pruebas ilícitas. Es que, a tenor de lo establecido por el artículo VIII, se proscribieron absolutamente la posibilidad de que una prueba obtenida ilícitamente pueda surtir algún efecto legal en el proceso penal. Al respecto, es del caso señalar que existen diferentes teorías que tratan el tema³¹.

Así, la vieja doctrina entiende que las pruebas ilícitas y las que se deriven de aquellas, por más que las últimas sean lícitas, no deben surtir ningún efecto jurídico, cuando su obtención haya sido de modo ilícito (**teoría del fruto del árbol envenenado**). Otra tesis contemporánea sostiene que la prueba ilícita debería ser válida y eficaz, sin perjuicio de la sanción que se debe imponer a los responsables de dicha obtención, pues debe primar la verdad.

El nuevo CPP, en principio parecería haber acogido la “teoría del fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*)”, según el cual “el restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales pueden ser admitidas”³².

No obstante, si bien se proscribió la valoración de los medios de prueba obtenidos al margen del procedimiento constitucionalmente legítimo, debemos señalar que los derechos fundamentales no son derechos absolutos. En esa medida, el legislador ha limitado la validez de las pruebas ilícitas solo al “contenido esencial” de los derechos fundamentales, dejando a que el juzgador valore las pruebas ilícitamente obtenidas que no afecten el contenido esencial, sino diríamos el contenido no esencial y/o el contenido adicional de un derecho fundamental, pero de conformidad con el principio de razonabilidad y proporcionalidad³³.

H. Derecho de defensa

Artículo IX.- “Derecho de Defensa.

1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.
2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
3. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición”.

El derecho de defensa se halla contenido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución. Sin embargo, debemos señalar que la defensa no es sólo un derecho, sino también un principio, cuyo contenido es amplio.

Así, por ejemplo, desde el punto de vista constitucional, el derecho-principio a la defensa se manifiesta en que: (i) ninguna persona puede ser privada del derecho de defensa en ningún estado del proceso; (ii) toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones que justifican la detención de la persona; (iii) toda persona tiene el derecho de comunicarse

³¹ PISFIL, Daniel. “La garantía procesal de la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal peruano: Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones”. En: Gaceta Jurídica penal & procesal penal: información especializada para abogados y jueces tomo 42 (diciembre). 2012. pp. 22-50.

³² PARRA QUIJANO, Jairo. “Pruebas ilícitas”. En: *Ius et Veritas* 14. 1997. p. 40.

³³ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El problema de la “prueba ilícita”: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: THĒMIS-Revista de Derecho 43. 2001. p. 157.

³⁴ GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Óp. cit.* pp. 196 y siguientes.

personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde su citación o detención; y, (iv) toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas y razones que motivan su detención (artículo 139.15 de la Constitución).

En tal sentido, el derecho de defensa consiste en el derecho que tiene toda persona de defenderse de manera eficaz y oportuna en todo el estado del proceso penal, e incluso en la investigación fiscal pre jurisdiccional, respecto a todo acto procesal, ya sea que este provenga de la parte acusadora como del juez, y que pueda, eventualmente, ocasionar algún menoscabo en sus derechos, intereses o su situación jurídica.

El derecho de defensa se traduce también en la prohibición de generar en el acusado una situación de indefensión³⁴. Este derecho comprende, a su vez, el derecho a ser oído, y a la asistencia de un abogado, ya sea elegido por el propio acusado o asignado obligatoriamente por el Estado (defensor de oficio). Pero el ejercicio del derecho de defensa no alcanza a un “derecho a mentir”, porque constituiría un abuso del derecho³⁵.

A este principio-derecho es el que hace referencia, ampliamente, el artículo IX del Título Preliminar del CPP, en concordancia con las garantías que sobre la materia ha incorporado la Constitución de 1993. Pero, además de ello, debemos referirnos al derecho fundamental a la no autoincriminación que reconoce el párrafo final del mencionado artículo.

Si bien como derecho fundamental no está expresamente previsto en nuestro ordenamiento constitucional, el derecho a la no autoincriminación está previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.2.g), la cual como sabemos forma parte del ordenamiento jurídico³⁶, según lo establece el artículo 55 de la Constitución. Así, forma parte de la Constitución convencionalizada, por lo que debe ser escrupulosamente respetado.

I. Naturaleza de las normas del Título Preliminar

Artículo X.- “Prevalencia de las normas de este Título.

Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

En general, las disposiciones que están contenidas en un Título Preliminar gozan de cierta prevalencia frente a las demás. Es decir, son disposiciones, pero también principios que orientan las demás disposiciones de las cuales forman parte. De ahí que podemos afirmar que son normas rectoras no sólo porque orientan, sino también porque sirven como parámetros de interpretación.

En este sentido, el CPP tiene el acierto de haber precisado la prevalencia de las disposiciones del Título Preliminar, porque como hemos visto, las disposiciones constitucionales contenidas en el Título Preliminar, antes que normas de carácter estrictamente procesal, son de naturaleza constitucional. Ello justifica, por tanto, la preeminencia de estas normas, con lo cual, en caso de contradicción entre éstas y de las normas restantes, deben aplicarse aquéllas.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

En aplicación del CPP, el Derecho Procesal Penal peruano debería tomar en consideración los principios constitucionales que sustentan esta rama del Derecho y el ordenamiento jurídico en general. De ahí que sea necesario que el proceso penal se realice siempre dentro del ámbito del marco establecido por la Constitución, vale decir, dentro del respeto de los derechos fundamentales, y no sólo a través de las disposiciones infra constitucionales que regulan el proceso penal. El correcto entendimiento de una Constitución convencionalizada así lo exige.

³⁵ KANT, Immanuel y Benjamín CONSTANT. “¿Hay derecho a mentir? (la polémica Immanuel Kant-Benjamín Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad)”. Madrid: Tecnos. 2012. pp. 37-43.

³⁶ LANDA, César. “Tribunal Constitucional y Estado democrático”. Segunda edición corregida y aumentada. Lima: Palestra Editores. 2003. pp. 783 y siguientes.